

Milano, 28 marzo 2018

Le recenti istruttorie sulle ATI «sovrabbondanti» e la politica di *enforcement* dell'AGCM in tema di *bid-rigging*

Avv. Alessandro Bardanzellu

- Le recenti istruttorie avviate dall'AGCM in tema di (presunta) illegittimità *antitrust* delle ATI «sovrabbondanti»
- La più generale attività di *enforcement* dell'AGCM in tema di *bid-rigging*
- La rafforzata collaborazione istituzionale tra l'AGCM e le autorità competenti in materia di appalti pubblici e le conseguenze per le imprese

Proc. 1819 - *INTERCENT-ER* / Gara per farmaci emoderivati (1)

- Nel gennaio 2018, l'AGCM ha avviato un'istruttoria volta ad accertare se Kedrion e Grifols abbiano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza, avendo partecipato in ATI ad una gara d'appalto pubblica, bandita nel dicembre 2016 dalla centrale d'acquisto per la Regione Emilia-Romagna (Intercent-ER) per l'approvvigionamento di farmaci plasmaderivati
- L'ipotesi accusatoria è fondata, *in primis*, sulla circostanza che le due imprese abbiano costituito un raggruppamento, nonostante ciascuna di esse fosse **individualmente in possesso dei requisiti minimi di partecipazione alla gara** (c.d. ATI «sovrabbondante»)



- La partecipazione alla gara tramite l'ATI «sovrabbondante» ha comportato una **riduzione** dei potenziali partecipanti alla gara

Proc. 1819 - *INTERCENT-ER* / Gara per farmaci emoderivati (2)

- Secondo l'AGCM, quindi, lo scopo dell'ATI non era consentire la partecipazione diretta ad una gara altrimenti preclusa alle singole imprese, bensì **ridurre il confronto competitivo**
- Ulteriori elementi critici individuati dall'AGCM a supporto della presunta natura anticoncorrenziale dell'ATI:
 - Kedrion è l'*incumbent* nel settore dei farmaci emoderivati
 - esistenza di rapporti di natura industriale e commerciale a livello mondiale tra le due imprese associate
 - alto grado di concentrazione del mercato (solo cinque operatori attivi, uno dei quali non ha neppure presentato un'offerta in gara)
 - taluni prodotti accessori richiesti dal bando di gara (che attribuivano un punteggio *extra*) detenuti in esclusiva da Kedrion e Grifols
 - aggiudicazione della gara all'ATI Kedrion-Grifols, nonostante il prezzo offerto fosse molto più elevato rispetto a quello del concorrente classificatosi secondo

Proc. 1821 - *Affidamenti vari di servizi di vigilanza privata*

- Nel febbraio 2018, l'AGCM ha avviato un'istruttoria per accertare se i principali operatori attivi nel mercato dei servizi di vigilanza privata abbiano posto in essere intese restrittive della concorrenza, partecipando in ATI a diverse gare d'appalto pubbliche per la fornitura dei predetti servizi di vigilanza alla P.A. e riuscendo ad aggiudicarsi la quasi totalità dei lotti disponibili
- Anche in questo caso, l'accusa poggia sulla circostanza che le imprese in ATI fossero in grado di soddisfare autonomamente i **requisiti economici minimi di partecipazione** richiesti dai bandi di gara
- Ulteriori elementi indicati dall'AGCM a sostegno delle proprie accuse:
 - partecipazione ricorrente alle gare tramite ATI «sovrabbondanti» (mantenendo la medesima composizione, a prescindere dal valore dei singoli lotti)
 - mancata presentazione di offerte da parte di alcune delle imprese partecipanti alle ATI in occasione di gare vinte da altre imprese concorrenti

Un orientamento più restrittivo? (1)

- L'AGCM pare porre una **maggiore enfasi sul concetto di «sovrabbondanza» dell'ATI, quale criterio per determinare la portata anticoncorrenziale dell'ATI stessa.** Infatti, per l'AGCM, la costituzione di un'ATI tra imprese che già individualmente possiedono i requisiti minimi (finanziari e/o tecnici) per partecipare a una gara, può configurare **di per sé** una violazione *antitrust* (apparentemente «per oggetto»), poiché riduce, anche solo potenzialmente, il numero di partecipanti alla gara. Tale orientamento appare più restrittivo rispetto a quello adottato in passato



- La decisione di imprese, individualmente in possesso dei requisiti, di associarsi in ATI *«non dimostr[a] di per sé l'esistenza di un'intesa vietata dalla normativa antitrust, [ma] rappresenta, tuttavia, un **indizio** della possibile volontà collusiva delle imprese partecipanti al raggruppamento»* (AGCM, AS880 - *Codice dei contratti pubblici: tipizzazione delle clausole di esclusione dalle procedure di gara*, parere del 28 settembre 2011)

Un orientamento più restrittivo? (2)

- L'esclusione dell'ATI «sovraabbondante» non può essere automatica, poiché la stazione appaltante è tenuta a dimostrare *«la sussistenza di rischi concreti e attuali di collusione delle imprese partecipanti alla gara in raggruppamento»*, tenendo conto di possibili giustificazioni *«in termini di efficienza gestionale e industriale, alla luce del valore, della dimensione o della tipologia del servizio richiesto»* (AGCM, Comunicazione avente ad oggetto *l'esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese sovraabbondanti dalle gare pubbliche*, parere del 23 dicembre 2014)
- E, infatti, non è la natura «sovraabbondante» dell'ATI ad essere in sé illecita, quanto *«l'inserirsi di tale sovradimensionamento in un contesto di elementi di fatto che denotano i fini illeciti perseguiti con uno strumento, quello dell'a.t.i., in sé lecito»* (Consiglio di Stato, sentenza n. 5067/2012)

- *Quid* nel caso in cui sia il bando ad incentivare la partecipazione alla gara in ATI, premiando con un punteggio elevato elementi qualitativi dell'offerta che possono esser soddisfatti più agevolmente attraverso un'offerta congiunta da parte di più imprese?
- Problema acuito dalla recente riforma del Codice Appalti, che impone alle stazioni appaltanti di fissare il tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30% (art. 95, comma 10-*bis*, D. Lgs. n. 50/2016)
 - Peraltro, tale disposizione è stata criticata dall'AGCM, che ha rilevato che la scelta del Legislatore di stabilire il suddetto tetto, oltre a non trovare fondamento nella normativa UE e nazionale, limita eccessivamente la valorizzazione dell'offerta economica e, allo stesso tempo, conferisce un'ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti nella valutazione delle offerte tecniche, a scapito di una adeguata concorrenza di prezzo tra gli operatori (AGCM, AS1422 - *Normativa in materia di criteri di aggiudicazione di appalti*, parere del 18 agosto 2017)

- L'attribuzione di un punteggio eccessivo per la qualità può, infatti, avere riflessi sul prezzo di aggiudicazione.
 - Nella gara sui farmaci emoderivati, ad esempio, l'ATI Kedrion-Grifols è riuscito ad aggiudicarsi l'appalto, nonostante avesse offerto prezzi di gran lunga superiori rispetto al secondo classificato (118 €/kg vs. 90 €/kg), sfruttando le regole di gara che attribuivano un punteggio *extra* in caso di disponibilità a fornire una serie di prodotti accessori (alcuni dei quali detenuti in esclusiva dalle imprese in ATI)
- Il mutato approccio restrittivo verso le ATI «sovrrabbondanti» dovrebbe essere temperato da un'analisi del capitolato di gara (*i.e.*, dei *desiderata* della stazione appaltante) e degli effetti sui prezzi
- Possibili iniziative che potrebbero contribuire a semplificare il quadro di riferimento: (i) indurre le stazioni appaltanti a strutturare i bandi in modo da rendere inutile la partecipazione in ATI; (ii) evitare che vengano eccessivamente premiati (in termini di punteggio) quei criteri relativi alla qualità dell'offerta che inducono le imprese a riunirsi in ATI; (iii) modifica legislativa all'art. 95, comma 10-*bis*, del Codice Appalti, per attribuire maggior rilevanza ai prezzi d'offerta

La rafforzata attività di *enforcement* dell'AGCM con riguardo a condotte di *bid-rigging*


- Le recenti istruttorie sulle ATI «sovrabbondanti» devono essere inquadrare nel contesto della politica di *enforcement* dell'AGCM particolarmente orientata verso la repressione delle condotte di *bid-rigging*
 - «Tra le priorità perseguite dall'Autorità negli ultimi anni vi è il contrasto ai cartelli negli appalti pubblici (bid rigging). [...] Questi interventi antitrust sono stati condotti anche nell'anno trascorso e si sono sempre caratterizzati per l'intensa collaborazione con l'ANAC [...]. Parimenti rilevanti sono in questo campo i rapporti con la magistratura ordinaria, e in particolare con la Procura della Repubblica di Roma» (Relazione Annuale AGCM, 16 maggio 2017)
- **Due** istruttorie chiuse nel 2017 e **sette** istruttorie tuttora pendenti riguardano condotte di *bid-rigging*
 - 1792 - Gare ossigenoterapia e ventiloterapia; e 1796 - Servizi di supporto e assistenza tecnica alla PA nei programmi cofinanziati dall'UE
 - 1806 - Affidamento appalti per attività antincendio boschivo; 1808 - Gara Consip FM4; 1814 - Diritti internazionali; 1816 - Gara SO.RE.SA. Rifiuti sanitari Regione Campania; 1819 - Intercent-ER/Gara per farmaci emoderivati; 1821 - Affidamenti vari di servizi di vigilanza privata; e 1822 - Consip/Gara sicurezza e salute 4

Collaborazione istituzionale tra AGCM e autorità competenti in materia di appalti pubblici

- Il maggiore *focus* dell’Autorità nei confronti delle condotte di *bid-rigging* si colloca in un quadro normativo che vede una rafforzata cooperazione tra l’AGCM e le altre autorità competenti nel settore degli appalti pubblici, quali, in particolare, l’ANAC e le Procure della Repubblica
 - Protocollo di intesa tra AGCM e ANAC sottoscritto in data 11 dicembre 2014, al fine di disciplinare la reciproca cooperazione nell’ambito degli appalti pubblici
 - L’AGCM e le Procure della Repubblica di Roma e Milano, negli ultimi anni, hanno instaurato uno stretto rapporto di cooperazione, aprendo parallele indagini per i rispettivi profili di competenza (cfr. 1785 - *Gara Consip servizi di pulizia nelle scuole*; 1808 - *Gara Consip FM4 – Accordi tra i principali operatori del facility management*; e 1814 - *Diritti internazionali*)
 - Protocolli di intesa tra AGCM e Procure della Repubblica di Milano e Roma, sottoscritti in data 10 e 11 gennaio 2018, che disciplinano lo scambio bilaterale delle informazioni e dei documenti ottenuti dalle predette autorità nello svolgimento delle rispettive attività istruttorie

I Protocolli d'intesa tra l'AGCM e le Procure della Repubblica di Roma e Milano (1)


- Trasmissione di documenti dalle Procure all'AGCM (*ex officio* o su richiesta)
 - Richieste di applicazioni di misure cautelari
 - Richieste di rinvio a giudizio
 - Copia degli atti investigativi a supporto delle predette richieste (ove ostensibili)



In relazione a reati concernenti il corretto funzionamento del mercato (e.g. reato di «turbata libertà degli incanti» ex art. 353 c.p.), ovvero che incidano in misura rilevante sugli interessi dei consumatori (e.g. reato di «truffa» ex art. 640 c.p.)

I Protocolli d'intesa AGCM e Procure della Repubblica di Roma e Milano (2)

- Trasmissione di documenti dall'AGCM alle Procure (*ex officio* o su richiesta)
 - Risposte a richieste di chiarimenti formulate dalla Procura
 - Documentazione (anche raccolta in fase pre-istruttoria) relativa a indagini o provvedimenti dell'AGCM potenzialmente rilevanti ai fini di una parallela indagine penale
 - Informative su tematiche di particolare interesse nell'ambito dell'attività di *enforcement* dell'AGCM



Le richieste della Procura possono anche riguardare domande di clemenza, purché sia salvaguardata l'efficacia del programma *leniency*

- In ogni caso, resta ferma l'esigenza di salvaguardare il **segreto istruttorio** e di non compromettere l'**effetto sorpresa** e il **buon esito** delle rispettive attività d'indagine

Conseguenze per le imprese (1)

- In tale contesto, il rischio di *detection* per le imprese coinvolte in *bid-rigging* appare sempre più alto, specie tenuto conto dei pervasivi poteri d'indagine delle Procure. Peraltro, nel caso in cui venga accertata una violazione *antitrust*, le imprese sono esposte a maggiori rischi rispetto al passato
 - a. Sanzioni amministrative di importo molto elevato
 - Inasprimento delle ammende in seguito all'adozione delle linee guida del 2014
 - Attività di riscossione delle sanzioni più rapida
 - b. Apertura di parallele indagini penali, ove ne ricorrano i presupposti
 - c. Azioni civili per risarcimento promosse da soggetti terzi danneggiati
 - D. Lgs. 3/2017
 - Azioni collettive (*class action*) ex art. 140-bis del Codice del Consumo
 - d. Perdita dei requisiti per ottenere (o mantenere) il *rating* di legalità

e. Esclusione dalla partecipazione a gare d'appalto pubbliche

- Si va consolidando un orientamento giurisprudenziale secondo cui una violazione *antitrust*, anche se non accertata in via definitiva, può qualificarsi come «*illicito professionale grave*», ai sensi dell'art. 80 del Codice Appalti e delle Linee Guida n. 6 dell'ANAC (cfr. TAR Lazio, sentenza n. 1119/2018; TAR Lazio, sentenza n. 12160/2017). Il tema però risulta ancora dibattuto, come dimostrano talune decisioni di segno opposto (cfr. TAR Emilia Romagna, sentenza n. 18/2018; TAR Campania, sentenza n. 10/2017)
- Al riguardo, anche l'AGCM ritiene che la commissione di un illecito *antitrust* possa costituire un motivo di esclusione dalla partecipazione a gare pubbliche. Tuttavia, l'AGCM parrebbe avere un approccio più cauto rispetto alla giurisprudenza, suggerendo che si attenda l'accertamento in via definitiva della violazione, onde evitare che un'impresa venga esclusa da una gara pubblica in base a un illecito *antitrust* successivamente annullato in sede d'impugnazione (cfr. AS1478, *Consip - Bando di gara per la fornitura di tomografi computerizzati*, parere del 21 luglio 2017; AS1474, *Linee Guida n. 6 dell'ANAC -Contrattualistica pubblica*, parere del 13 febbraio 2018)

Grazie per l'attenzione